

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ – FACULDADE
NACIONAL DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

DIOGO COSTA DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL PARA AS
PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS ACERCA DOS CONCURSOS PÚBLICOS
APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**RIO DE JANEIRO
PLE 2020.1**

DIOGO COSTA DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL PARA AS
PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS ACERCA DOS CONCURSOS PÚBLICOS
APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade Nacional de
Direito e Centro de Ciências Jurídicas e
Econômicas da Universidade Federal do
Rio de Janeiro (UFRJ) como requisito
parcial à obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof.ºDaniel Capecchi

RIO DE JANEIRO

PLE 2020.1

SILVA, Diogo costa da

As soluções para as principais divergências acerca dos concursos públicos após a Constituição de 1988 / SILVA, Diogo Costa da – 2020

f. 3

Projeto de Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade Nacional de Direito.

Bibliografia: f. 40

DIOGO COSTA DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE JURISDICIONAL PARA AS
PRINCIPAIS DIVERGÊNCIAS ACERCA DOS CONCURSOS PÚBLICOS
APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Ms. Orientador Prof.º Daniel Capecchi

Data de Aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Ms. Daniel Capecchi (Orientador)
UFRJ – Faculdade de Direito

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
PLE 2020.1

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço aos meus orixás e a todas entidades protetoras por superar essa fase difícil e importante da minha vida.

Agradeço também aos meus pais José Ronilson Alonso da Silva e Celina Costa da Silva, eles são os verdadeiros responsáveis por tudo que conquistei até hoje.

Agradeço ao meu professor orientador Daniel Capecchi pela paciência e ensinamentos durante o processo de elaboração da presente monografia.

Por fim, agradeço a minha mulher, aos meus amigos e minha família em geral. Um agradecimento especial aos meus amigos da Sonserina, Ivantuil Fanchini, Cátia Araújo, Clarissa Mendes, Elaine Vieira, Daniele Inês, Miguel Pedro, Lucas Vale, Leonardo Vieira, Vinícius Rezende. Sem eles não chegaria até aqui.

RESUMO

DA SILVA, D. C. *As soluções para as principais divergências acerca dos concursos públicos após a Constituição de 1988*. (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

A monografia pretende avaliar algumas das questões relevantes envolvendo o controle jurisdicional do concurso público no pós constituição de 1988. O tema foi dividido em decisões advindas do Supremo Tribunal Federal e demonstra como mudaram a administração pública e a sociedade como um todo. Uma análise inicial traz fatos teóricos e históricos dos concursos públicos, assim como as definições dos princípios norteadores constitucionais e casos relativos a esses princípios. Num segundo plano aborda-se a questão do controle jurisdicional do concurso público, analisando a forma prática de como a administração pública e a sociedade estão resolvendo os principais casos. Por último, após a doutrina e a jurisprudência pautarem suas decisões e opiniões sobre o tema, faz-se uma análise prática da impotência e dos efeitos de tais decisões.

Palavras-Chave: Concurso Público; Provas; Controle jurisdicional; Princípios.

ABSTRACT

The monograph intends to evaluate some issues related to the jurisdictional control of the public tender in the post-constitution of 1988. The theme was divided into decisions coming from the Supreme Federal Court and demonstration of how the public administration and a society as a whole have changed. An initial analysis, theoretical and historical facts of public tenders, as well as the definitions of the constitutional guiding principles and cases related to those principles. Secondly, the issue of jurisdictional control of the public tender is addressed, analyzing the way in which the public administration and a society are solving the main cases. Finally, after the doctrine and the jurisprudence guide their decisions and opinions on the theme, an analysis of the practice and the effects of such decisions is made.

Key words: Public Tender; Evidences; Jurisdictional control; Principles.

SUMÁRIO

Conteúdo

INTRODUÇÃO	1
1. DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS CONCURSOS	3
1.1 Dos Princípios balizadores dos concursos públicos do artigo 37 da CF	5
1.1.1 Legalidade.....	6
1.1.2 Impessoalidade.....	8
1.1.3 Moralidade	10
1.1.4 Publicidade	13
1.1.5 Eficiência	14
1.2 Dos demais princípios norteadores dos concursos.....	15
1.2.1 Razoabilidade.....	15
1.2.2 Princípio do Estado Democrático de Direito	16
1.2.3 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado	17
2. Controle Administrativo dos Concursos Públicos.....	18
3. Controle Jurisdicional nos concursos públicos.....	19
4. Jurisprudência dos concursos (<i>Principais decisões</i>).....	22
4.1 - Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público (<i>Principais decisões</i>).....	22
4.1.1 - RE 632.853	22
4.2 -Mitigação do Concurso Público como regra (principais decisões)	24
4.2.1 – Dados Estatísticos	29
4.3 - A importância social dos concursos públicos.....	33
4.3.1 - Ação Declaratória de Constitucionalidade 41	34
4.3.2 – RE 1058333 RG/PR (Tema 973)	37
CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA	40

INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como objeto o tema dos concursos públicos, sob a ótica do pós constituição de 1988, a jurisprudência e a doutrina serão a base para analisar as principais divergências acerca deste tema, tendo como referencia a importancia do controle jurisdicional para os concursos públicos. A Carta Maior possui em seu artigo 37 os parâmetros constitucionais para o ingresso aos cargos públicos, sendo que os concursos são, em regra, para ingressar de maneira efetiva, os chamados “estatutários”, ou seja, a constituição brasileira de 1988, a famosa Constituição cidadã, precisava organizar o funcionamento da máquina pública, fundamentada nos seus objetivos principais e eles teriam como critérios a garantia de máxima efetivação dos Direitos Fundamentais. Ela possuía como base as ações do Estado fundadas no Estado democrático de Direito. A partir desse ponto, seriam necessários que houvesse parâmetros subjetivos para interligar a eficácia desses direitos à organização do Estado ao funcionamento da máquina pública, mesmo que os concursos públicos existiam anteriormente a CF/88, a constituição da república atual foi a que de fato adotou princípios basilares que nortearam a forma de empregabilidade nas repartições públicas no geral. Neste rumo, a administração pública adotou os concursos públicos como base do Estado Republicano e as diretrizes principiológicas administrativas foram fincadas no artigo 37 da CF/88, o presente artigo traz as diretrizes que foram objeto de decisões dos tribunais superiores em relação aos concursos públicos, como a igualdade e isonomia por exemplo, que possuem efetividade dentro do âmbito da administração pública direta e indireta, ou seja, a efetivação da participação da população no funcionamento da máquina pública passa através de um meio seletivo isonômico e igualitário no sentido formal e material.

Após um período de regime militar, houve um claro sinal de que o Brasil buscava novas formas de gerir a Administração Pública, uma tratativa eficaz, moderna e principalmente que demonstrasse desvinculação com o regime militar. A partir disso criaram-se leis para regular os processos seletivos, ressalta-se especialmente a lei federal 8.112/90 em que passou a reger o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, após a edição desta lei diversos entes (Estaduais e Municipais) passaram a normatizar as formas de ingresso nas suas respectivas searas públicas, ou seja, utilizando a lei federal de forma reflexa para regulamentar seus próprios processos e, com o passar dos anos, esta forma de contratação, os concursos públicos, se solidificou para além do campo formal, atraindo cada vez mais candidatos aos distintos cargos oferecidos,

diversas leis (Federais, Estaduais e Municipais) foram sendo criadas no ordenamento jurídico brasileiro para solidificar esta forma de contratação, sendo o mais almejado a estabilidade após o período probatório.

Entretanto, o enrijecimento das normas não trouxe a segurança jurídica almejada para os concursos públicos, diversas ADI's, ADC's, entre outras formas de controle foram cada vez mais constantes, isso demonstra que a temática sobre o assunto resultava em diversas controvérsias, diversos posicionamentos legislativos adotados, e não houve uma unidade adotada diante dos casos. Estes fatores abriram espaço para diversas irregularidades, variedade interpretativa, podendo ser cometidas pelos agentes políticos e administrativos. Surge diante desse cenário uma urgência para que as necessidades jurisdicionais fossem prestadas e no mínimo dirimidas diante dessas ausências de diretrizes mais específicas, ou seja, um controle jurisdicional fundamentado na Constituição. Neste ponto reside o objeto do trabalho.

Portanto, o cenário que se apresenta para solucionar o dilema do enrijecimento das normas é, até o presente momento, a jurisprudência dos tribunais superiores, especificamente do STF, que fornecem bases interpretativas para os casos de concursos públicos para evitar interpretações diversas ou que determinada ausência normativa permita que direitos fundamentais sejam violados. Então, coube ao guardião da constituição uma análise dos princípios formulados pelo artigo 37, da Constituição, e que norteiam a administração pública para que as possíveis violações ou o não cumprimento das normas constitucionais. O trabalho mostrará a importância das decisões jurisprudenciais nas questões envolvendo os concursos e o porque delas serem o melhor caminho para o ordenamento jurídico nacional.

Cabe destacar que a gama de decisões jurisprudenciais são vastas, logo será feito um recorte das principais decisões dentro do olhar principiológico do artigo 37 da CRFB, especialmente aos assuntos referentes às súmulas e decisões do STF, tendo em vista que o tema está espalhado nas diversas decisões dos mais variados graus do poder judiciário, foi dada uma limitação para que houvesse um desenvolvimento do tema sob uma ótica mais constitucional.

1. DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS CONCURSOS

Gilmar Mendes (2015, p.103) traz a seguinte afirmativa sobre a Constituição brasileira de 1988:

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O Estado se compromete a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para a construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos.

Uma das características expostas pelo autor citado foi a construção de meios materiais para que a dignidade de todos (aqui incluem-se os estrangeiros) fosse respeitada e imposta pela Constituição. Após anos de regime ditatorial no Brasil, a promulgação da Constituição República Federativa do Brasil de 1988 buscou dar normatividade aos diversos direitos fundamentais renegados neste período, já haviam concursos neste tempo, mas principalmente a questão de não haver transparência e nem lisura nos atos públicos dificultavam a efetividade dos direitos. A partir de 1988, a máquina pública teve que se reorganizar para um novo modelo de funcionamento burocrático, de forma inclusiva, atendendo as novas orientações da Carta Maior, isto é, a Administração Pública deveria possibilitar o ingresso em suas funções de maneira isonômica e equânime, equilibrando de maneira objetiva a participação da população na construção desse novo modelo que se solidificaria. A partir disso, a Constituição Federal trouxe em seu artigo 37, incisos I e II:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

O caput do artigo citado traz em sua primeira parte todos os entes da administração pública e logo em seguida ratifica que todos eles obedecerão a princípios determinados, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade. Ressalta-se que este rol não exauri os direcionamentos da forma de contratação na organização pública. O inciso I traz a referência da universalidade e da acessibilidade como alicerces, possuindo a lei como fator limitador, ou seja, as funções serão definidoras de como ocorrerá o acesso. O inciso II traz a

regra do concurso público. Inicialmente, observando os dois incisos citados, nota-se que os princípios citados serão balizadores dos apontamentos dos incisos Fabrício Motta (2005, p.139) aduz nesse sentido:

O sistema constitucional vigente prevê como regra que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, 11 da Constituição Federal). A realização de certame competitivo prévia ao acesso aos cargos e empregos públicos objetiva realizar princípios consagrados em nosso sistema constitucional, notadamente os princípios da democracia e isonomia, e efetiva-se por meio de processo administrativo. Utilizando-se deste mecanismo, atendem-se também as exigências do princípio da eficiência, neste momento entendido como a necessidade de selecionar os mais aptos para ocupar as posições em disputa e proporcionar uma atuação estatal otimizada.

Neste contexto; antes de adentrar na discussão dos princípios norteadores dos concursos públicos, é preciso ter uma noção de como se define os concursos públicos, as definições são as mais variadas; Francisco Lobello de Oliveira Rocha (2006, p.54) traz a concessão:

É um procedimento administrativo, subordinado a um ato administrativo prévio, o edital – que por sua vez subordina-se a todo o ordenamento jurídico preexistente -, destinado a propiciar a mais perfeita seleção entre os candidatos que preencherem as necessidades da administração, garantindo-se a igualdade de oportunidades na concretização do direito fundamental ao livre acesso a cargos e empregos públicos.

Hely Lopes Meirelles (2010, p.462) o define como:

É o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF.

As conexões entre as definições postas permitem concluir que os concursos públicos são balizadores da eficácia dos Direitos Fundamentais norteados por princípios direcionadores, a questão da equidade de oportunidades neste novo sistema é resultado solidificado de outras proposições constitucionais anteriores, o Brasil teve em sua história diversas constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1967) em seu ordenamento jurídico, todas elas, até mesmo as autoritárias, pautaram de alguma forma sobre os direitos fundamentais, dentro deles havia um princípio que estava espalhado em todas elas, que era o direito à igualdade e acessibilidade aos cargos públicos, ainda que não materializado na prática, havia a

constatação formal. Entretanto, a Constituição cidadã visou trazer a baila a eficácia destes direitos.

1.1 Dos Princípios balizadores dos concursos públicos do artigo 37 da CF

Para Humberto Ávila (2005, p.129), os princípios ostentam o sentido de:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, cuja aplicação demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A definição dos princípios dentro da CRFB/88 pode ser concretizada pelas idéias do professor Daniel Sarmiento (2014, p.388-389) ao sintetizar que os princípios visam permitir que o sistema aberto constitucional desempenhe da melhor forma o seu papel, neles a variedade de interpretações devem considerar o quadro fático, a maleabilidade interpretativa é justamente para chegar o mais próximo possível da solução mais adequada, este fato torna a Constituição muito mais plural e ao mesmo tempo política, possibilitando a receptividade do pluralismo cultural e político, amoldando-se com mais facilidade as mudanças sociais sem utilizar a via formal, isto é, baliza as mudanças sociais pela mutação constitucional e um ativismo judicial. Neste contexto, os princípios propostos no artigo 37 devem coadunar as possibilidades reais com as possibilidades jurídicas, não havendo superioridade de uma em relação a outra, devendo o valor social preponderante juridicamente e concretamente terem suas medidas ponderadas equanimente.

A intenção não é criar uma discussão entre princípios em torno das diversas teorias criadas entre os princípios, ou seja, não é afirmar se a proposição de Alexy é corretamente aplicada no Brasil ou se as definições mais tradicionais são as mais adequadas, até porque no ordenamento jurídico brasileiro há uma clara mistura de conceitos e formas de agir nas interpretações jurisprudenciais e doutrinárias. Deixo claro que os princípios exercem um papel de mudanças nas interpretações jurídicas independentemente da metodologia, além disso a realidade fática e jurídica não podem ser dissonantes da concretude de cada caso.

Por último vale ressaltar que também não é o objetivo definir a diferença prática se o exposto no artigo 37 seriam regras ou princípios dentro das diferentes visões doutrinárias. O mais importante é que tanto as regras quanto os princípios pressupõe uma interpretação prévia e ambos necessitam de interpretação, isto é uma característica de ambos os textos conforme

ensina o professor Virgílio Afonso da Silva (2003, p.11). O mais importante é que as decisões são balizadas nesses princípios e eles acabam sendo garantidores de direitos relacionados aos concursos públicos, visto que não há um direcionamento central definindo as condutas relativas aos certames públicos (a ausência legislativa também será abordada durante o texto)

Conforme, já citado, o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil e seus incisos I e II são norteadores dos concursos na administração pública, a segunda parte do artigo traz em seu caput os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

1.1.1 Legalidade

Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p.84) define a legalidade:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de direito administrativo**. São Paulo – Malheiros. 14ª ed2002, p.84).

A o princípio da legalidade será analisado sob uma perspectiva estrita, ou seja, vincular-se-á apenas ao que se refere aos concursos formalmente. A partir dessa premissa, o princípio da legalidade está refletido no edital, que é o ato normativo posto pela administração pública para organizar os concursos, portanto sua importância nos processos seletivos públicos está presente no fato de que o edital encontra-se subordinado à lei e vincula, em observância recíproca. Os direcionamentos dos concursos públicos seriam feitos pelos editais, que são as leis dos concursos, logo os certames criaram postulados próprios, tais como o princípio da vinculação ao edital, que dentro do certame é equiparado ao princípio da legalidade, ele não é um fator substitutivo mas sim complementar e ratificador de que o edital de fato é a lei dos concursos.

A jurisprudência oferece pontos direcionadores dos concursos, cite-se a súmula 636 do STF “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”. Esta súmula exemplifica de como a jurisprudência utiliza o princípio da legalidade em um controle de constitucionalidade

afirmando que o recurso extraordinário somente caberá quando a ofensa ao princípio da legalidade do artigo 37 quando a ofensa for direta, não podendo ser reflexa, caso seja reflexa ensejará recurso especial, aplica-se este controle aos processos seletivos. Não há uma forma de normatização geral que possa afetar a todos os entes em todos os níveis. Deste princípio decorre dois vieses de controle, o jurisdicional e o administrativo, quando o controle advém do judiciário, as decisões tem como motivação o princípio da legalidade e o princípio da vinculação ao edital, já quando é um controle administrativo decorre da autotutela administrativa, mas quando a administração não corrige eventual erro ou se omite e deixa vaga a interpretações do edital, cabe ao poder judiciário exercer o controle jurisdicional, a obscuridade ou tecnicismo lexical podem ser usados para deixar vago algum dispositivo do edital, por isso o judiciário assume um papel ativo para a garantia da legalidade, a jurisprudência do STF corrobora com o afirmado:

(...) a jurisprudência do STF assentou ser possível o controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. [**AI 796.832 AgR**, voto da rel. min. Cármen Lúcia, j. 1º-2-2011, 1ª T, *DJE* de 23-2-2011.] = **ARE 757.716 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 27-8-2013, 2ª T, *DJE* de 7-10-2013 **Vide RMS 24.699**, rel. min. Eros Grau, j. 30-11-2004, 1ª T, *DJ* de 1º-7-2005

Portanto, o controle jurisdicional dos atos administrativos, conforme a jurisprudencia demonstrada, é fundamental, pois um ato administrativo viciado deve ter a atenção do judiciário e da administração pública. O problema está na definição de onde fica o limite da interferência do poder judiciário que hoje em dia é amplo, acredito que o dinamismo das mudanças sociais exigem uma atuação ativa do judiciário para o controle da legalidade dos atos administrativo, não se deve impor um parâmetro rígido de controle apenas para preservar a não interferência dos entes (executivo, legislativo e judiciário), nas palavras do professor José Carvalho dos Santos (2020, p. 1164):

A importância do controle judicial, convém que se diga, é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição. O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado.

A construção de leis, por exemplo, para obter parâmetros objetivos não seria suficiente para atender as mudanças sociais, pois o próprio edital já demonstra que mesmo com a rigidez

normativa, os litígios são inevitáveis, a partir dessa premissa o controle jurisdicional se faz necessário e deve ser norteado pela legalidade.

1.1.2 Impessoalidade

Algumas definições devem ser pontuadas, este princípio possui três acepções distintas, a primeira é o dever de tratamento isonômico aos administrados, aqui a impessoalidade é corolária da isonomia/igualdade, que são tratados como iguais para a administração pública quando relativos a concursos. O segundo aspecto é que deve sempre satisfazer o interesse público, aqui ele é sinônimo do princípio da finalidade. O último aspecto é a imputação dos atos praticados pelos agentes públicos à pessoa jurídica em que ele atua, este terceiro aspecto é o reflexo da teoria do órgão. José dos Santos Carvalho Filho (2018, p.75) traz o seguinte conceito:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.

O princípio da igualdade se materializa nos certames públicos através do princípio da competitividade, pois a igualdade se materializa nos aspectos do tratamento isonômico dispensado pela administração aos candidatos. Os candidatos devem partir de uma premissa igualitária e cabe a administração e os poderes executivo, legislativo e judiciário fornecerem as melhores condições para que isso aconteça. Logo, a finalidade perseguida pela administração é pautada pela própria constituição no sentido de materializar a igualdade. O judiciário então fiscaliza os atos administrativos em relação aos processos seletivos em geral, a fim de preservar a efetividade da igualdade/competitividade nos concursos públicos, para exemplificar, segue um julgado do STF:

Art. 4º da Lei 3.769, de 26 de janeiro de 2006, que veda a realização de processo seletivo para o recrutamento de estagiários pelos órgãos e entidades do poder público do Distrito Federal. Violação aos princípios da igualdade

(art. 5º, *caput*) e da impessoalidade (*caput* do art. 37).[**ADI 3.795**, rel. min. Ayres Britto, j. 24-2-2011, P, *DJE* de 16-6-2011.]

Conforme demonstrado no julgado, a Lei 3.769/DF impôs uma vedação a um processo seletivo para estágio, sendo que a Constituição possui como regra os concursos públicos, então coube ao judiciário a manutenção da impessoalidade que é a matriz dos concursos. Portanto o controle jurisdicional deve atuar de maneira protetiva evitando leis e interpretações *contra legem* conforme demonstrou-se a criação da lei 3.769/DF que claramente possuía um viés interpretativo diferente da Constituição e dos Tribunais Superiores.

O sentido dado a igualdade pela Constituição deve ser analisado pelo teor do artigo 5º, *caput* da Constituição, pois aqui deve ser observado os dois sentidos, o material, que se aplica ao caso concreto, a realidade, e a formal, que é a constatação legislativa. A professora Ana Paula de Barcellos (2018. P. 435) diz:

Como é corrente, o princípio da isonomia ou da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 envolve um aspecto formal e um material. A isonomia material busca promover a igualdade real dos indivíduos – ou, ao menos, a redução das desigualdades – por meio de benefícios específicos dirigidos a determinados grupos. Sob o aspecto formal, o princípio envolve o tratamento isonômico na esfera jurídica e tem dois destinatários principais: a igualdade na lei – ordem dirigida ao legislador – e perante a lei – ordem dirigida aos aplicadores da lei

O princípio da igualdade traz que as oportunidades implicam no alcance de determinado benefício, formalmente os concursos não consideram as particularidades de cada um; apenas propõe um meio isonômico para que as oportunidades sejam oferecidas a todos num contexto de máxima utilidade universal. A partir da CRFB/88, o constituinte visou a busca da igualdade material nos certames públicos, uma verdadeira efetivação de um Direito Fundamental, um país pautado por desigualdades sociais de todos os tipos necessitava de políticas públicas balizadoras que pudessem dar efetividade de oportunidades, os concursos públicos em sua essência; a promoção da igualdade material. A definição de Ana Paula de Barcellos(2018, p.439) aduz:

Em sua projeção no campo do concurso público, os princípios traduzem a ideia da igualdade entre os competidores, que não podem ser desequiparados arbitrariamente. A igualdade na lei veda a inclusão, no edital, de cláusulas e condições que façam qualquer tipo de discriminação irrazoável entre os candidatos ou privilegiem injustificadamente uns em detrimento de outros. Já a igualdade perante a lei veda que, no decorrer do concurso, seja concedida algum tipo de vantagem sem fundamento a um candidato, em

violação ao princípio da impessoalidade. Qualquer um desses comportamentos interferiria com a realização do objetivo principal do concurso público, que é, como visto, o atendimento do interesse público e, igualmente, violaria as garantias da isonomia e impessoalidade na seleção. É bem de ver, no entanto, que a isonomia e a impessoalidade nos concursos públicos não são fenômenos abstratos: ao contrário, elas existem para promover o próprio atendimento do interesse público.

As formas que buscaram diminuir as diferenças que são pautadas na igualdade formal e material se apresentaram de diversas maneiras, entre elas pela elaboração de dispositivos legais como a lei de cotas e as reservas legais da lei federal 8.112, para que o dispositivo legal alcançasse sua finalidade foi preciso que o judiciário reguardasse não somente os preceitos constitucionais como os infralegais. Um claro exemplo é a utilização do sistema de cotas, que será abordado na ADC 41 e seus impactos sociais, após o próprio STF declarar a constitucionalidade desta ação afirmativa resguardou a Constituição e a própria lei de cotas.

1.1.3 Moralidade

Associado à tríade de honestidade, lealdade e boa fé na forma de atuação da administração pública; isto é; correlaciona-se no sentido de que o gestor da coisa pública não pode utilizar-se de meios corruptivos. Deste modo, a administração pública, na condução do concurso público deverá, além de agir de forma íntegra, também deverá aplicar com lisura as normas referentes ao procedimento. A administração pública não pode praticar nenhum ato que manche o objetivo e a índole administração pública. A carga de subjetividade de um ato para ser considerado imoral ou moral dentro de um contexto social é ampla, por isso o judiciário pauta quais atos estão dentro de um moralismo constitucional. Uma decisões mais famosas referente ao princípio da moralidade está inserida na súmula número 13 do STF, a súmula traz a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Apesar da súmula não tratar diretamente dos concursos públicos, ela trata de cargos em comissão e confiança, delimitando objetivamente o grau de parentesco para o acesso a

esses cargos. Ressalta-se também que essa súmula é fundamental para o balizamento da moralidade para a Administração Pública. Algumas das decisões em torno dessa súmula:

A vedação ao nepotismo na Administração Pública decorre diretamente da Constituição Federal e sua aplicação deve ser imediata e verticalizada. Viola os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia diploma legal que excepciona da vedação ao nepotismo os servidores que estivessem no exercício do cargo no momento de sua edição. [**ADI 3.094**, rel. min. Edson Fachin, j. 27-9-2019, P, *DJE* de 15-10-2019.]

Parágrafo único do art. 1º da Lei 13.145/1997 do Estado de Goiás. Criação de exceções ao óbice da prática de atos de nepotismo. Vício material. Ofensa aos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. (...) A previsão impugnada, ao permitir (excepcionar), relativamente a cargos em comissão ou funções gratificadas, a nomeação, a admissão ou a permanência de até dois parentes das autoridades mencionadas no *caput* do art. 1º da Lei estadual 13.145/1997 e do cônjuge do chefe do Poder Executivo, além de subverter o intuito moralizador inicial da norma, ofende irremediavelmente a CF. [**ADI 3.745**, rel. min. Dias Toffoli, j. 15-5-2013, P, *DJE* de 1º-8-2013.] = **RE 579.951**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 20-8-2008, P, *DJE* de 24-10-2008, Tema 66

Não é privativa do chefe do Poder Executivo a competência para a iniciativa legislativa de lei sobre nepotismo na administração pública: leis com esse conteúdo normativo dão concretude aos princípios da moralidade e da impessoalidade do art. 37, *caput*, da Constituição da República, que, ademais, têm aplicabilidade imediata, ou seja, independente de lei. Precedentes. Súmula Vinculante 13. [**RE 570.392**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 11-12-2014, P, *DJE* de 19-2-2015, Tema 29.]

A norma depreendida do art. 37, *caput*, da CF/1988 para a definição de nepotismo – em especial os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência – não tem o condão de diferenciar as pessoas tão somente em razão de relação de matrimônio, união estável ou parentesco com servidor efetivo do poder público, seja para as selecionar para o exercício de cargos de direção, chefia ou assessoramento no âmbito da administração pública, seja para excluir sua aptidão para o desempenho dessas funções. [**MS 28.485**, rel. min. Dias Toffoli, j. 1º-11-2014, 1ª T, *DJE* de 4-12-2014.] = **Rcl 18.564**, rel. p/ o ac. min. Dias Toffoli, j. 23-2-2016, 2ª T, *DJE* de 3-8-2016

Os julgados são consequência da súmula vinculante 13 do STF, isto é, o judiciário balizou parâmetros objetivos pois a prática do nepotismo estava enraizada na administração pública. O STF não poderia deixar a margem de atos infraconstitucionais e interpretações por controle difusos o que seria moralidade nesta questão. Esta decisão representou a essência da prática moral na administração pública, mas mesmo assim, conforme demonstram os

julgados, foram feitas tentativas de “legalização do nepotismo” através de leis infraconstitucionais antes dessa decisão do STF (vide Parágrafo único do art. 1º da Lei 13.145/1997 do Estado de Goiás), o judiciário teve que exercer o papel de garantidor de direitos constitucionais e a efetivação do princípio da moralidade mesmo que em oposição ao executivo e legislativo.

O princípio da moralidade no processo de seleção pública propriamente dito está vinculado ao que propõe o edital, assim como a legalidade, contudo, o critério não fica tão objetivo quanto os postos na súmula vinculante 13, ou seja, não há uma enumeração dos requisitos do que seria necessário para atingir uma moralidade dentro dos concursos, o único parâmetro é seguir os ditâmes postos no edital todavia o judiciário analisa cada caso e decide, segue um julgado exemplificativo:

Concurso para a magistratura do Estado do Piauí. Critérios de convocação para as provas orais. Alteração do edital no curso do processo de seleção. Impossibilidade. (...) O CNJ tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Cármen Lúcia, *DJE* de 4-9-2008). Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, *DJ* de 18-11-2005). No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a Magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital 1/2007. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. [MS 27.165, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-12-2008, P, *DJE* de 6-3-2009.]

No caso citado, o vício imoral estava na margem de interpretação dada pelo dispositivo que possibilitaria uma alteração do edital, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Entendo que o judiciário ser ativo nestas decisões hipertrofiam os processos jurídicos, mas uma avaliação moral não pode ser tipificada, este tipo de análise acompanha os conceitos da sociedade que são dinâmicos, então mesmo não sendo a forma ideal, o controle jurisdicional ainda é o meio mais adequado para avaliação e interpretação da moralidade nos concursos públicos.

1.1.4 Publicidade

O princípio da publicidade está intrínseco ao Estado Democrático de Direito, é dever da administração pública dar publicidade aos seus atos, sendo a publicidade regra. Uma primeira observação é que a publicidade não poderia ser subjetiva, ou seja, os atos públicos deveriam ter uma base objetiva formada por informações simples e diretas, além de ser transparente, para uma compreensão máxima de todos, a partir disso, para regular o direito à informação, foi criada a lei de acesso às informações (lei 12.527/11), é importante citar essa lei porque ela estabeleceu objetivamente o dever de publicidade aos órgãos da administração direta e indireta. Ressalta-se que existem as exceções ao princípio de publicidade, a Constituição resguarda a segurança nacional e o relevante interesse coletivo (o artigo 23 da lei 12.527/2011 traz o que são imprescindíveis a segurança da sociedade ou do Estado).

Outras características importantes do princípio da publicidade são o controle da administração pelos cidadãos que atrela-se ao exercício de cidadania e o requisito de eficácia dos atos administrativos atrelados à publicidade. Cabe citar ainda que a publicidade é fundamental para a contagem de prazos, que se iniciam a partir de sua publicização. Todo o exposto é aplicado aos processos seletivos, ou seja, os direcionamentos da lei de acesso a informação aplicam-se ao edital, devendo ter o máximo de transparência. As decisões sobre o exposto:

É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela administração pública, dos nomes dos seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. [**ARE 652.777**, rel. min. Teori Zavascki, j. 23-4-2015, P, *DJE* de 1º-7-2015, Tema 483.]

Edital de concurso público da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Alagoas. Previsão de pontuação aos servidores não estáveis, bem como a aprovação em qualquer concurso público, sem diferenciação de nível de graduação, desiguala os concorrentes, em ofensa ao princípio da isonomia. Ofensa ao princípio da publicidade, ao não trazer o nome dos candidatos e os respectivos números de inscrição. [**ADI 2.206 MC**, rel. min. Nelson Jobim, j. 8-11-2000, P, *DJ* de 1º-8-2003.] Vide **ADI 3.443**, rel. min. Carlos Velloso, j. 8-9-2005, P, *DJ* de 23-9-2005

Os dois julgados trazem o princípio da publicidade como direcionador dos atos administrativos públicos. Por fim, impõe-se que os atos administrativos devem ser levados a conhecimento dos interessados através dos instrumentos legalmente previstos (citação, publicação, comunicação, dentre outros), no sentido de que permitam a total compreensão de

seu conteúdo, inclusive devem desdobrar-se para cumprir os princípios da motivação do ato e finalidade do ato, a fim de que todos os atos vinculados aos concursos estejam compatíveis com as normas jurisdicionais.

1.1.5 Eficiência

Dentre os princípios alçados no artigo 37, a eficiência é o mais recente, inserido pela emenda constitucional 18/1998, associava-se a melhorar a qualidade dos serviços públicos. Contudo, a pura e simples positivação não faz com que o serviço público seja eficiente, a concretização desse princípio depende da vontade política e envolve os limites de atuação administrativa para que esse princípio seja efetivado, o professor José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.80) assevera:

A inclusão do princípio, que passou a ser expresso na Constituição, suscitou numerosas e acerbos críticas por parte de alguns estudiosos. Uma delas consiste na imprecisão do termo. Ou seja: quando se pode dizer que a atividade administrativa é eficiente ou não? Por outro lado, afirma-se ainda, de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interesses da sociedade.

A subjetividade do princípio dificulta a execução do seu núcleo que é a produtividade dos atos administrativos e a economicidade (redução dos gastos públicos). O professor José Carvalho dos Santos (2020, p.81):

Atualmente, os publicistas têm apresentado vários estudos sobre a questão concernente ao *controle* da observância do princípio da eficiência. A complexidade que envolve o tema é compreensível: de um lado, há que se respeitar as diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis e, de outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado. Os controles administrativo (de caráter interno e processado pelos próprios órgãos administrativos) e legislativo são reconhecidamente legítimos e indubitáveis à luz dos arts. 74 e 70 da Lei Maior, respectivamente. O controle judicial, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade.

Nota-se que este princípio está atrelado a questões políticas e econômicas, isto limita sua eficiência e sua aplicabilidade. Entretanto, as complexidades que envolvem o princípio são relativizadas nos processos seletivos públicos, pois para que um concurso seja eficiente é preciso que ele cumpra todas as etapas sem nenhum erro, ele possui uma base objetiva e clara que é o edital, ou seja, a eficiência vincula-se ao andamento regular do concurso, sem nenhuma intervenção judicial. Um último aspecto a se ressaltar é que nas decisões

fundamentadas pela eficiência normalmente atrelam-se a outros princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, isonomia...).

1.2 Dos demais princípios norteadores dos concursos

Cabe destacar alguns princípios que não estão positivados no artigo 37, mas que dão ensejo a efetivação dos concursos públicos e balizam as decisões a respeito do tema. Estes princípios recebem uma atenção maior mesmo não sendo expressos, pois dentro dos temas dos concursos eles são muito utilizados. Esses princípios são:

1.2.1 Razoabilidade

Um primeiro aspecto a ser citado é que não farei distinção entre a razoabilidade e proporcionalidade, apesar de parte da doutrina desvinculá-los, coadunado com a opinião da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 244-245):

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. Quando se trata de razoabilidade, este princípio está sempre acompanhado de preceitos como “aceitabilidade”, “padrões de escolha”, “senso comum”. A motivação para a interferência do poder judiciário nas decisões administrativas que exorbitam os limites da discricionariedade que a administração pública possui são pautadas pela legalidade e finalidade, ou seja, a liberdade das decisões administrativas encontram limite na lei e finalidade administrativa, portanto algo proporcional é auferido em limites objetivos. Exemplificando o exposto, este princípio foi base de uma das decisões mais importantes em relação aos concursos públicos, o chamado “caso da tatuagem”, a decisão teve o seguinte escopo:

Os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material. Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais. [RE 898.450, rel. min. Luiz Fux, j. 17-8-2016, P, DJE de 31-5-2017, Tema 838.]

A decisão fundamentou que os editais dos concursos não poderiam excluir determinado candidato pelo simples fato de obter uma tatuagem, para que fosse excluído a tatuagem deveria ser ofensiva ou fora dos preceitos legais. Foram citados na decisão diversos exemplos do que seria ofensivo a legalidade, entre eles estava as famosas tatuagens de facções representadas por palhaços. A razoabilidade é um princípio fundamental para o controle dos atos administrativos exacerbados, lembrando que não há aqui um desequilíbrio entre os entes, mas sim o judiciário ponderando atos ilegais, portanto sua atuação se faz necessária, o próprio caso demonstrado provou isso, pois na sociedade atual não é razoável que um instrumento público (edital) exclua um candidato por possuir tatuagens, viola diversos direitos constitucionais.

1.2.2 Princípio do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito se afirma na Constituição Da República Federativa do Brasil no seu artigo 1º, segundo Luís Roberto Barroso (2013, p. 110-114) o princípio é a síntese de constitucionalismo e democracia, isto é, limitação do poder e supremacia da lei e soberania popular e governo da maioria, contudo respeita-se a minoria. Sobre a manifestação da minoria deve-se preservar o respeito aos direitos fundamentais. Outro ponto a se destacar é o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, deve ser sempre observado pelo intérprete constitucional.

Tal mecanismo em relação aos concursos dá ensejo a aplicação dos direitos fundamentais, logo vai ao encontro das proposições do professor Barroso, portanto a eficácia dos demais princípios passam pelo Estado Democrático e seus fundamentos. O conceito de Estado democrático associa-se a garantia aos Direitos Fundamentais e as liberdades dentro desse estado, esses direitos estão interligados diretamente aos concursos públicos, um exemplo claro é o “direito de concorrer em igualdades de condições aos cargos públicos” este preceito decorre do princípio da igualdade.

O Estado Democrático muitas vezes se faz presente através do controle jurisdicional para a efetivação da garantia e de Direitos Fundamentais, ou seja, é necessário um controle para a efetivação dos direitos fundamentais aos concursos públicos, um exemplo disso é a divulgação de dados dos entes públicos conforme a lei 9.755/1998, a lei garante acesso facilitado as informações tributárias e financeiras dos entes da federação em um único portal, isso facilita um controle dos recursos inclusive para os processos seletivos públicos. A partir

disso, é importante ressaltar que a atuação dos Tribunais de Contas no controle externo dos concursos públicos, como por exemplo fiscalizar se a lista de convocação realmente corresponde a do processo seletivo, ou seja, se não ocorreu nenhuma fraude por conta do administrador público. Seguindo a concepção de Fábio Lessa (2015), há uma ligação indissolúvel entre Controle e Estado Democrático de Direito, o dever de fiscalizar, implementar e executar políticas públicas e serviços, alcançando a efetivação dos Direitos fundamentais, que na seara dos concursos públicos está amparado no artigo 71, III da CF, ou seja, o controle da legalidade passa pela verificação do processo seletivos da administração pública. Cabe aos Tribunais de Contas fiscalizar os princípios e valores constitucionais, devendo atuar além da formalidade a fim de preservar o dever da realização dos concursos.

1.2.3 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado

Princípio que possui a característica de regulador dos interesses públicos e privados, isso se conecta ao interesse da coletividade, logo sempre que se fala em interesse coletivo relaciona-se aos concursos públicos porque eles são a forma de inserção da população no funcionamento direto da máquina pública. O interesse público deve prevalecer ante o interesse privado, o ente público representa, em seus atos, o interesse da coletividade. O princípio é posto no conflito entre particular e o Estado, mas a supremacia do Estado em determinadas questões só se justifica pelo interesse público provado no caso concreto, um exemplo claro disso se faz presente no RE 630.733, em síntese, julgou-se vedado a remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde caso não esteja previsto no edital, a remarcação viola diretamente o interesse público. Segue o julgado exemplificando o exposto:

Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento. [RE 630.733, rel. min. Gilmar Mendes, j. 15-5-2013, P, DJE de 20-11-2013, Tema 335.] Vide RE 351.142, rel. min. Ellen Gracie, j. 31-5-2005, 2ª T, DJ de 1º-7-2005.

Um exemplo da representação desse princípio também está no artigo 58 da lei 8.666/93 que permite a possibilidade de alteração contratual de forma unilateral os contratos administrativos da Administração Pública com os entes privados, assim como a rescisão unilateral por interesse público ou em virtude do inadimplemento do particular, além de citar outras prerrogativas da Administração Pública como os privilégios tributários e a possibilidade de cobranças dos seus créditos por meio de execução fiscal (lei 6.830/80). Entretanto, no âmbito dos concursos, a supremacia do interesse público funciona como forma de efetivação da participação ampla nas decisões administrativas, ou seja, os dispositivos postos no edital devem atender as necessidades administrativas observando a participação pública como um todo durante o processo. Por último, este princípio não é indeterminado, mas sim determinado, pois ele possui uma zona de certeza que limita o Administrador, nas palavras do professor José dos Santos Carvalho Filho (2020, p.84):

A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como *conceito jurídico indeterminado*, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito *determinável*.

A linha de pensamento vai ao encontro da utilização do princípio nas decisões dos processos seletivos públicos. Estes fatores denotam a importância do princípio citado.

2. Controle Administrativo dos Concursos Públicos

A Administração Pública possui o poder de controlar seus próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos. Esse poder de controle dos próprios atos decorre do princípio da autotutela. Sobre o tema, o STF editou a súmula 473 que diz “ *administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.* ”

O princípio da autotutela sofre uma mitigação de outros princípios específicos no campo dos concursos públicos, entre eles está o princípio da vinculação ao edital, um exemplo é que após a publicação da lista de aprovados a administração não pode mudar as regras do edital, ela não possui a discricionariedade de realizar uma alteração através de seus

atos administrativos, isto porque seus atos se conectam ao princípio da legalidade e nos concursos públicos, as normas que os regulamentam são as diretrizes do edital, até por isso o edital é a lei do certame.

O edital deve estar associado ao princípio da objetividade e o princípio da clareza, o primeiro manifesta-se no concurso público para garantir que todos os procedimentos de seleção e avaliação dos candidatos sejam ditados por parâmetros objetivos, que devem estar preestabelecidos no edital do certame, de modo a evitar subjetivismos por parte da administração pública, já o segundo prima pela elaboração de provas nos concursos que evitem interpretações ambíguas. Logo, o edital não deve estar suscetível a opiniões ou atos pessoais dos agentes públicos e devem ser os mais claros e objetivos possíveis, demonstrando a transparência do certame.

Portanto, a administração pública pode revogar ou anular suas decisões mas dentro de um parâmetro razoável e o poder de controle sofre determinadas limitações, os princípios específicos dos concursos e os princípios constitucionais, conforme demonstrado anteriormente, funcionam como diretrizes limitadoras para atuação discricionária administrativa em relação aos concursos.

3. Controle Jurisdicional nos concursos públicos

Neste ponto reside o centro da discussão dos concursos públicos. Conforme já demonstrado, as questões envolvendo os concursos, como a quebra da impessoalidade debatida pela ADI 3.795 ou a ausência de informações da ADI 2.206 MC que fere o princípio da publicidade, demonstraram que o poder judiciário resolve as demandas fundamentando-se nos princípios constitucionais que balizam a administração pública. Contudo, a real necessidade do controle jurisdicional é questionada, ou seja, se seria a forma mais adequada para que materialmente funcionasse o sistema de seleção pública em geral. Sob a luz das ideias já apresentadas, existem soluções para a garantia de direitos fundamentais, uma das soluções passa pelos órgãos de controle externo como os Tribunais de Contas que possuem o dever de garantir a execução e a fiscalização dos concursos. Entretanto, existem os problemas de lacunas legislativas que não podem simplesmente ser resolvidas com a criação de leis, existe a diretriz federal proposta pela lei 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Federais) onde os entes municipais e estaduais podem seguir, já os ditames constitucionais eles são obrigados a seguir. Contudo, a complexidade de estruturas administrativas no Brasil fazem

com que uma legislação única para todos os entes (como a 8.112 por exemplo) seja possível, além disso, uma infinidade de leis sobre o tema iria causar uma hipertrofia legislativa com entendimentos variados no sistema judiciário. Logo, a solução dos problemas das lacunas legislativas sobre o tema deve passar pelo controle jurisdicional, pois conforme os casos apresentados nas definições de cada princípio, o judiciário apresenta motivações e respostas que se adaptam melhor a cada caso concreto. Outra forma de solução apresentada seria pelo próprio executivo, através da autotutela administrativa, ou seja, através de atos administrativos as lacunas poderiam ser preenchidas, entretanto, o próprio executivo se aproveita dessas lacunas, atualmente, a relativização da regra dos concursos é muito em conta dos agentes políticos, um exemplo são os cargos comissionados em excesso (visto a seguir no item 4.2). Diante disso, os casos apresentados e fundamentados em cada princípio demonstraram a graus de complexidades distintos, mas a carga interpretativa de cada um deles possibilitou que o judiciário formulasse a melhor resolução para cada um dos casos. Um exemplo disso é a súmula 683 do STF *“O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”* A súmula tenta balizar a questão do limite de idade com base na razoabilidade e proporcionalidade de cada caso, ou seja, o cargo a ser ocupado irá definir se é possível. Nota-se que não foi feita uma denotação geral, mas este direcionamento era preciso, pois um cargo eminentemente administrativo sem nenhum esforço especial não seria base para uma limitação baixa de idade, assim como determinadas funções militares exigem particularidades para o cargo. O exposto consolida-se no pensamento de Agapito Machado Júnior (2006, p.88):

“Firma-se a idéia de que o poder judiciário é encarregado de dar efetividade aos direitos fundamentais, o que se fará através do exercício de jurisdição. Hodiernamente, o julgador, que não mais terá que ser a boca da lei (regra jurídica), para tanto, poderá valer-se de técnicas de interpretação da norma jurídica (princípios e regras) e de integração do direito, para efetivar mudanças sociais, chegando a criar direito. Por força da inafastabilidade do controle jurisdicional ou do direito ao acesso à justiça, o poder judiciário é obrigado a resolver todos os conflitos a ele submetidos, não sendo a ausência da lei ou a obscuridade de seu sentido obstáculo para tanto.”

Nota-se que o pensamento do autor é de que o poder judiciário tutela os direitos fundamentais através de técnicas de interpretação da norma jurídica, isso vai ao encontro do que foi exposto em relação aos concursos, pois as decisões sobre os processos seletivos públicos alcançam maior eficácia nas decisões judiciais fundamentadas através de técnicas de

interpretação da norma jurídica. Para corroborar com o exposto, vale a pena analisar a Reclamação 6.702:

Ato decisório contrário à Súmula Vinculante 13 do STF. Nepotismo. Nomeação para o exercício do cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Natureza administrativa do cargo. (...) A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da CF. O cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da administração pública. [**Rel 6.702 AgR-MC**, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 4-3-2009, P, *DJE* de 30-4-2009.]

Em síntese, a decisão trata da nomeação do irmão do Governador ao cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Paraná, o STF por fim definiu que a natureza do cargo era administrativa e não se inseria aos agentes políticos e deferiu a liminar considerando ofensa a SV 13. Todavia o mais interessante é que foi criado o decreto estadual nº 3.044 que permitia a nomeação para o cargo, então o ministro relator Ricardo Lewandowski afirmou que a vedação ao nepotismo não exige edição de lei formal para coibir a prática pois já existem os princípios do artigo 37 *caput*. Nas exatas palavras do ministro:

“[...]tendo em consideração a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no *caput* do artigo 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta e aduzi que para o expurgo de tal prática, que lamentavelmente resiste incólume em alguns “bolsões” de atraso institucional que ainda existem no país, basta contrastar as circunstâncias de cada caso concreto com o que se contém no referido dispositivo constitucional.”

As palavras do Ministro resumem bem todas as ideias aqui propostas, não se faz necessário uma lei formal para balizar não somente a respeito dos casos de nepotismo, mas em qualquer questão envolvendo a administração pública que possa ser balizada pelos princípios do artigo 37 da CF. Este caso traz as seguintes observações, a primeira é de que se uma lei definisse que o cargo de conselheiro fosse de agente político, haveria um conflito com o entendimento jurisprudencial da corte, ofendendo a SV 13, o que prova a ineficácia da rigidez normativa. Outro ponto é que no Paraná poderia haver um entendimento diferente de São paulo, no Rio de Janeiro poderia haver outro e assim sucessivamente, causando um emaranhado de leis versando sobre o mesmo tema, causando insegurança jurídica. Portanto,

ao analisar sob a ótica constitucional, analisando os precedentes e os entendimentos da corte em casos análogos, o STF chegou à decisão mais equilibrada para o caso.

4. Jurisprudência dos concursos (*Principais decisões*)

Análise jurisprudencial referente as principais decisões sobre os concursos públicos, que mesmo sendo posto como regra na constituição brasileira pelo artigo 37, inc. II da CF/88, sofre mitigações interpretativas. Algumas dessas decisões já foram abordadas nos tópicos dos princípios, sendo assim, as próximas decisões complementam as já expostas visando trazer um escopo de controle jurisdicional, mitigação dos concursos e a importância social dos concursos.

Conforme já abordado até aqui, o controle jurisdicional é imprescindível nas questões envolvendo os concursos. Diante da ausência legislativa, o controle jurisdicional assume de vez o protagonismo para efetivar os direitos constitucionais e fundamentais com a temática dos concursos, como a jurisprudência é vasta nos tribunais superiores, as decisões que trazem o escopo dos princípios constitucionais terão uma maior profundidade de análise, sempre tratando o assunto no pilar da jurisprudência e doutrina com a inserção principiológica constitucional.

4.1 - Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público (*Principais decisões*)

4.1.1 - RE 632.853

O presente RE 632.853 chegou ao STF trazendo a possibilidade do poder judiciário exercer o controle jurisdicional sobre o mérito das questões que envolvem os concursos públicos que possuem relevância social e jurídica, ultrapassando os interesses subjetivos das partes, o ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário.

No primeiro grau, a justiça do Ceará atendeu de forma parcial o pedido que ensejava ato de ilegalidade no concurso realizado pelo governo do Ceará que destinava vagas a enfermeiras, pois havia sido descumprido o edital do concurso por parte da comissão organizadora e pretendia a anulação de dez questões objetivas do certame, que segundo as candidatas, as questões possuíam duas assertivas verdadeiras em vez de uma apenas.

Na primeira instância o pedido foi concedido parcialmente, anulou-se oito das dez questões solicitadas. Na segunda instância, o Tribunal de Justiça do Ceará manteve a decisão proferida em grau inferior. O Reclamante fundamentou que haveria violação dos artigos 2º e 5º caput da Constituição Federal, argumentando que o judiciário não pode entrar no mérito de ato administrativo, sob pena de extrapolar a sua competência (como já referido, atuaria em excesso de poder). A decisão, publicada em 23/04/2015 com publicação do acórdão em 26/04/2015, deu ensejo ao tema 485 de Repercussão Geral do STF que será analisado através de cada voto proferido.

A decisão referente ao RE 632.853 trouxe a seguinte tese ao tema “*Não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade*”.

O voto do ministro-relator Gilmar Mendes é importante para analisarmos como funciona a mecânica de decisões do STF em relação aos limites da interferência do poder judiciário aos concursos públicos, ele seguiu o entendimento de que não diz respeito ao Judiciário substituir-se á banca de concursos públicos para reexaminar a essência das questões, apenas na ocorrência de ilegalidade ou inconstitucionalidade”. Um dos pontos que deve-se ter destaque é que o Ministro embasa seu julgamento nas decisões da própria Corte destacando os Mandados de Segurança 21.408, 21.176, 27.260 além do REAgR 440.335. O voto do ministro, que foi seguido pela maioria dos julgadores, trouxe em sua essência de que o judiciário não tem o poder de substituir a banca dos concursos públicos, deixando claro que o judiciário somente iria interferir nas questões sobre ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Num segundo ponto, a decisão do STF buscou ressaltar que não se trata de um concurso público próprio da área jurídica, portanto o poder judiciário no geral não possuía um embasamento técnico para decidir. Nesta análise tem-se duas problemáticas, a primeira traz que cada caso terá uma análise própria referente ao limite da atuação jurisdicional, porque se caso fosse um concurso do Ministério Público por exemplo para a carreira de Procurador, o judiciário possuiria legitimidade para agir caso houvesse questões com mais de uma alternativa correta. Aqui, deve-se aplicar o princípio da razoabilidade (implícito ao artigo 37 da Constituição Federal), pois o judiciário, ante a ausência legislativa que aborde especificamente este tópico deve interferir de maneira que seja mínima, mas sem deixar de observar qualquer ilegalidade que seja prejudicial ao candidato, agir no dever de proteger os

direitos fundamentais. A decisão afirmou que a Corte não possui embasamento técnico suficiente para julgar de forma positiva e deixou poderes decisivos às bancas examinadoras, um fato que pode gerar diversos problemas, como as situações semelhantes, que dependam de conhecimento técnico fora da área do direito, onde as tomadas de decisões das bancas podem ser diferentes do que foi decidido nesse julgado, o que pode gerar uma série de decisões distintas causando uma insegurança jurídica. O edital como força da vontade pública não pode dar margem a dupla interpretação, o edital deve valorizar o princípio da eficiência, a transparência do ato, quando a administração pública não responde adequadamente aos recursos administrativos, deixando de lado a transparência, ela fere não somente o edital mas a própria essência do concurso.

O objetivo desta decisão de não interferir na posição adotada pela banca ao não analisar os recursos administrativos e o judiciário de se limitar a decidir em não exercer o controle jurisdicional por não possuir conhecimento técnico suficiente para embasar com o máximo de eficiência técnica a decisão, conforme o já exposto, é o de manter a separação dos poderes e o respeito ao princípio da não interferência dos entes administrativos. Um marco importante. Há decisão do STJ corroborando com o exposto, isto é, a segurança jurídica do edital precisa ser mantida, alterações no edital e dispositivos ambíguos devem ser rechaçados:

“Pactum-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado a Administração. De outro, os candidatos. Qualquer alteração no decorrer do processo seletivo, que importe em mudança significativa na avença, deve levar em consideração todos os participantes inscritos e previamente habilitados, não sendo possível estabelecer-se distinção entre uns e outros, após a edição do edital. Desta forma, compete ao administrador estabelecer condutas lineares, universais e imparciais, sob pena de fulminar todo o concurso, oportunidade em que deverá estipular nova sistemática editalícia para regular o certame.” (STJ, ROMS 9958 - TO Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, órgão julgador: Quinta Turma, em 15.05.2000).

Conclui-se então que o caso tratado possui um marco importante na jurisprudência dos concursos porque além de definir uma clara separação dos entes, ele pautou sobre questões técnicas fora da área do Direito que devem ser tratadas pela banca dos concursos.

4.2 -Mitigação do Concurso Público como regra (principais decisões)

Inicialmente destacam-se duas jurisprudências do STF, vide:

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (SV. 43, Sessão Plenária do STF, Julgamento: 08/04/2015).

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.” (SUM. 685, Sessão Plenária do STF, Julgamento: 24/09/2003).

A Sumula 685 ratificada na SV. 43 versa sobre a regra dos concursos públicos para o preenchimento de vagas, ou seja, a forma de provimento dos cargos dos entes públicos deve se dar por concurso público. Entretanto, a Administração Pública, influenciada pela atuação dos agentes políticos, como já fora demonstrado, como por exemplo do decreto estadual 6.044 e da reclamação 6.702, encontra meios de relativizar esta regra através da contratações de temporários, cargos comissionados e trabalhadores não vinculados ao ente público a própria constituição possui brechas que permitem intrujar a mesma, cada cargo público destina-se a um concurso público respectivo. Um exemplo do que foi citado é o contexto histórico da jurisprudência, somente nos anos 90 foram propostas as seguintes ADI's, ADI MC nº 231 – DJ de 1/6/1990, ADI-MC nº 308 – DJ de 17/8/1990, ADI-MC nº 388 – DJ de 7/12/1990; todas referentes a alterações legislativa que foram deferidas medidas cautelares nas quais se propugnava a inconstitucionalidade de atos normativos estaduais que previam o afastamento da regra do concurso. A jurisprudência do STF constantemente reafirma o artigo 37, II da CF/88, ratificando a inconstitucionalidade de leis que previam outras formas de provimento de cargo público como regra, a mudança de um cargo em outro de natureza diferente, com uma mudança diferente da posta pelo ocupante (ADI nº 266 – DJ de 6/8/1993), a transferência (ADI nº 1.329 – DJ de 12/9/2003), a transposição (ADI nº 1.222 – DJ de 11/4/2003), o acesso (ADI nº 951 – DJ de 29/4/2005) e o aproveitamento (ADI nº 3.190 – DJ de 24/11/2006).

Neste contexto da mitigação, que não é um fato pretérito, recentemente o decreto 9.739/19 restringiu o número de concursos públicos dos entes federais com a finalidade de restringir os gastos públicos, este decreto, em síntese, trouxe que o pedido de autorização dos concursos seria feita ao Ministro da Economia acompanhado de uma série de documentos especificativos do motivo do pedido, estabeleceu um prazo enxuto para a publicação do edital, dentro do período de validade do concurso público os candidatos aprovados e não convocados que ultrapassem até 25% do quantitativo original de vagas ofertadas e o edital deve prever esta quantidade de vagas máximas dos aprovados. Destaca-se que uma lei de enrijecimento nas formas de provimento dos concursos públicos que visa equilibrar a forma de ingresso com

as possibilidades econômicas do estado é perfeitamente plausível, contudo este decreto traz um ponto pertinente que coloca em vista a boa-fé do decreto quanto a flexibilização dos concursos, está posto no art. 6º, XIV do decreto 9.739/19:

Art. 6º Para fins do disposto no inciso III do § 2º do art. 2º, sem prejuízo do disposto nos art. 3º e art. 5º, as propostas conterão informações sobre:

(...)

XIV – demonstração de que os serviços que justificam a realização do concurso público não podem ser prestados por meio da execução indireta de que trata o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.

O fato do ente público demonstrar que os serviços não podem ser prestados por execução indireta, ou seja, demonstrar que os serviços não podem ser terceirizados de acordo com o próprio Decreto nº 9.507 de 2018 traz o que não serão formas indiretas de execução no seu artigo terceiro:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

§ 2º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta.

Ressalta-se que o artigo carrega uma carga de subjetividade. O inciso II que veda a terceirização de cargos estratégicos dentro do órgão, fatalmente pode gerar um conflito, que irá passar pelo controle de constitucionalidade, veja que um dispositivo formal não resolveria o caso pois o próprio legislador optou por flexibilizar as normas dos concursos. A própria definição dentro do órgão do que seria o poder de polícia, já o inciso IV está carregado de

conceitos jurídicos indeterminados que permitem facilmente uma burla das regras dos concursos públicos, aqui a objetividade e a transparência, que são princípios norteadores dos concursos públicos, foram relativizados. De nenhuma maneira o objetivo desta análise é afirmar que somente a contratação por concursos deve ser o único meio de contratação da administração pública, mas o que se nota é que por décadas tem se tentado mitigar a regra para que as exceções ganhem posto principal na forma de provimento dos cargos na máquina pública. Quanto a jurisprudência, é preciso alertar para algumas mudanças que as decisões vêm sofrendo, muitas das formas de tratamento que os tribunais superiores manifestam são no mínimo permissivas e cada vez mais incluem novos entendimentos na forma de contratar para a administração pública, expandindo cada vez mais as condições já existentes. O STF, em repercussão geral, entendeu que o direito subjetivo à nomeação não tem caráter absoluto, pois excepcionalmente a administração poderá deixar de nomear os candidatos que foram aprovados dentro do número de vagas, mas deverá cumprir os seguintes requisitos (RE 598.099): i) Superveniência do fato ensejador: o fato ensejador da impossibilidade de nomeação deve ter sido posterior à publicação do edital; ii) Imprevisibilidade: a situação deve ser imprevisível à época da publicação do edital; iii) Gravidade: os acontecimentos devem ser extremamente gravosos; iv) Necessidade: a administração só pode deixar de nomear os candidatos quando não existirem meios menos gravosos de lidar com a situação excepcional.

Outro fator dessa permissividade do judiciário se encontram aumento das terceirizações, evidencia-se que as atividades consideradas centrais do Estado não se permitem terceirizar na administração pública, caso exista uma lei que criou determinado cargo ou emprego público. Todavia, as formas de flexibilização nas regras de contratação que estão avançando, vide o tema 725 de repercussão geral do STF (RE 958252):

Tema 725: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

O tema foi posto logo em seguida à promulgação da lei 13.429/17 (lei das terceirizações) e da reforma trabalhista lei 13.467/17 que pautavam sobre o trabalho temporário e a terceirização nas empresas, veja que o ente público não foi o tema principal proposto nas novas regulamentações trabalhistas, mas indicam fortemente uma nova tomada na forma de tratar as relações de trabalho e isso inevitavelmente esbarraria na administração pública como foi demonstrado no decreto 9.739/19 que dificulta a regra enquanto as outras legislações atentam aos espaços para as restrições.

Continuando, ainda que novas formas de se atuar na administração pública estejam em evidência e apesar das críticas expostas ao STF em relação a permissividade a essas novas formas de contratar, ressalta-se que a própria administração pública ainda está resguardada na regra do artigo 37, II da CRFB/88, portanto, mesmo com decisões contrárias como as citadas, o papel de garantidor das regras dos concursos não se alterou, isso se demonstrou quando o STF pautou que o artigo 37 não pode ser obstruído e suas duas únicas exceções são bem específicas e restritas através do RE 1041210 RG/SP que trouxe o tema 1010 de repercussão geral:

Tema 1010:

- a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
- b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
- c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e
- d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

O tema 1010 traz a discussão em torno dos limites dos cargos comissionados, mas sem estabelecer um *quantum* objetivo, as controvérsias sobre os cargos em comissão não demandam soluções objetivas, vide a definição de Matheus Carvalho (2016, p.787) sobre os cargos em comissão:

Cargos em comissão: não adquirem estabilidade, pois são cargos de livre nomeação e exoneração, assim definidos pela Constituição. São ocupados em caráter provisório, a escolha é realizada com base na confiança, por isso a denominação de cargos de confiança, dessa forma podem ser exonerados *ad nutum*. Os servidores comissionados não precisam de concurso para provimento do cargo, mas não têm garantia de continuidade na função.

Outra característica tratada no RE 1041210 RG/SP e posta no item “d)” é de que os cargos em comissão devem ter as atribuições descritas de forma clara e objetiva pois como o item “a)” descreve, não se prestam ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais os cargos comissionados.

Portanto, o tema 1010 demonstra como o controle jurisdicional é importante nos assuntos relativos aos concursos porque temntou deixar de forma objetiva como deve se

proceder a contratação por cargo comissionado, o controle do STF atuou de forma a garantir os direitos dos candidatos.

4.2.1 – Dados Estatísticos

Acompanhando esse contexto de supressão dos concursos, apresentarei alguns dados estatísticos que ajudam a demonstrar a evolução dos não concursados dentro do ambiente administrativo, um dos exemplos são os dados postos pelo Ministério da Economia trazem que os Cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS), que podem ser ocupadas por pessoas não concursadas de acordo com os limites do decreto nº 5.497 de 2005, são de 10.136 ocupantes destes cargos, na atualização de junho de 2020, há um declínio comparado com os meses anteriores (Mar/2020 – 10.423, Abr/2020 – 10.345, Mai/2020 – 10.397), já a comparação anual também houve um decréscimo em relação ao DAS(2017 - 11.396, 2018 – 11.566, 2019 – 10.506, 2020/julho – 10.136). Contudo, essa é uma perspectiva federal, é preciso ressaltar que este não é o panorama geral dos cargos comissionados, visto que há cargos distribuídos em outros dados e que se mesclam com os demais regimes e funções (ex: CLT, estatutários); destaca-se também que a redução não é sinônimo de eficiência de gestão, pois reduzir por reduzir, ou até mesmo demonstrar um falso populismo ao atribuir a uma categoria o peso das crises econômicas (neste caso, os servidores públicos) dos entes é uma tendência da política moderna. Se o cenário federal, ainda que genericamente, possui uma redução dos cargos comissionados, no espaço de todos os entes (União, Estados e Municípios) o cenário é diversificado pelo Brasil. Em 2018, o IBGE fez o levantamento acerca dos vínculos empregatícios relacionados aos Municípios, Estados e Regiões brasileiras (*Pesquisa de Informações Básicas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, está Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica>>, conforme a seguir:*

Tabela 1 - Pessoal ocupado na administração direta, por vínculo empregatício, segundo as Grandes Regiões e as classes de tamanho da população dos municípios - 2018

Grandes Regiões e classes de tamanho da população dos municípios	Pessoal ocupado na administração direta, por vínculo empregatício					
	Total (1)	Vínculo empregatício				
		Estatutários	CLT	Somente comissionados	Estagiários	Sem vínculo permanente
Brasil	6 208 243	3 890 877	449 496	521 913	166 000	1 228 082
Até 5 000	301 028	185 943	20 540	39 955	5 443	49 361
De 5 001 a 10 000	450 557	273 106	31 725	49 498	8 653	88 607
De 10 001 a 20 000	894 600	527 637	58 262	90 032	15 618	209 190

De 20 001 a 50 000	1 333 379	781 696	102 737	115 376	29 528	318 181
De 50 001 a 100 000	822 041	481 310	70 582	64 854	25 732	183 334
De 100 001 a 500 000	1 383 332	864 285	125 859	106 230	48 132	248 366
Mais de 500 000	1 023 306	776 900	39 791	55 968	32 894	131 043
Norte	605 334	347 562	14 546	54 416	3 828	185 270
Até 5 000	19 034	10 577	264	3 500	34	4 635
De 5 001 a 10 000	32 182	17 918	1 771	3 857	31	8 605
De 10 001 a 20 000	80 215	42 333	3 176	8 019	70	26 959
De 20 001 a 50 000	153 646	86 603	6 126	11 640	435	48 812
De 50 001 a 100 000	108 388	57 107	718	9 027	550	40 986
De 100 001 a 500 000	136 051	82 617	761	10 212	1 187	41 274
Mais de 500 000	75 818	50 407	1 730	8 161	1 521	13 999
Nordeste	1 975 285	1 175 177	43 214	212 330	21 516	562 414
Até 5 000	65 729	37 292	1 647	12 127	291	14 702
De 5 001 a 10 000	156 951	96 030	2 244	19 879	686	38 455
De 10 001 a 20 000	422 842	248 964	7 459	49 141	1 470	120 436
De 20 001 a 50 000	585 379	347 996	11 483	56 932	4 165	176 928
De 50 001 a 100 000	300 978	171 789	13 078	31 098	3 093	84 150
De 100 001 a 500 000	270 100	147 815	7 281	29 775	6 215	85 434
Mais de 500 000	173 306	125 291	22	13 378	5 596	42 309
Sudeste	2 210 432	1 363 187	318 496	137 724	71 796	321 448
Até 5 000	95 662	54 947	13 943	7 429	1 591	17 396
De 5 001 a 10 000	137 913	74 833	22 190	10 776	2 651	27 812
De 10 001 a 20 000	219 021	120 812	36 439	16 652	5 056	40 747
De 20 001 a 50 000	346 780	181 773	67 671	23 675	10 973	62 688
De 50 001 a 100 000	250 360	138 875	47 644	14 431	10 441	40 510
De 100 001 a 500 000	671 663	420 427	95 365	43 407	21 877	90 587
Mais de 500 000	489 033	371 520	35 244	21 354	19 207	41 708
Sul	851 428	607 562	66 444	52 398	59 384	71 550
Até 5 000	87 458	62 189	4 066	9 571	3 370	8 526
De 5 001 a 10 000	80 545	56 503	4 900	7 111	4 848	7 181
De 10 001 a 20 000	117 221	79 081	9 835	8 427	8 606	11 756
De 20 001 a 50 000	155 706	103 593	15 593	10 849	11 968	15 747
De 50 001 a 100 000	115 843	82 202	8 989	5 977	9 679	8 996
De 100 001 a 500 000	222 883	161 728	22 065	9 204	15 754	17 252
Mais de 500 000	71 772	62 266	996	1 259	5 159	2 092
Centro-Oeste	565 764	397 389	6 796	65 045	9 476	87 400
Até 5 000	33 145	20 938	620	7 328	157	4 102
De 5 001 a 10 000	42 966	27 822	620	7 875	437	6 554
De 10 001 a 20 000	55 301	36 447	1 353	7 793	416	9 292
De 20 001 a 50 000	91 868	61 731	1 864	12 280	1 987	14 006
De 50 001 a 100 000	46 472	31 337	153	4 321	1 969	8 692

De 100 001 a 500 000	82 635	51 698	387	13 632	3 099	13 819
Mais de 500 000	213 377	167 416	1 799	11 816	1 411	30 935

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2018.

(1) Inclusive os servidores sem declaração de vínculo empregatício.

Tabela 2 - Pessoal ocupado na administração direta, por vínculo empregatício, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2018

Grandes Regiões e Unidades da Federação	Pessoal ocupado na administração direta, por vínculo empregatício					
	Total (1)	Vínculo empregatício				
		Estatutários	CLT	Somente comissionados	Estagiários	Sem vínculo permanente
Brasil	6 208 243	3 890 877	449 496	521 913	166 000	1 228 082
Norte	605 334	347 562	14 546	54 416	3 828	185 270
Rondônia	54 541	43 279	3 682	5 776	187	1 617
Acre	24 102	11 209	5 235	1 683	283	6 034
Amazonas	129 668	65 408	2 096	12 597	1 539	47 998
Roraima	19 977	11 032	560	2 630	-	5 755
Pará	288 219	162 584	2 186	21 184	794	101 471
Amapá	20 262	12 893	288	2 140	-	4 941
Tocantins	68 565	41 157	499	8 406	1 025	17 454
Nordeste	1 975 285	1 175 177	43 214	212 330	21 516	562 414
Maranhão	305 647	169 886	4 080	28 934	163	105 357
Piauí	116 955	69 133	4 955	14 934	709	27 390
Ceará	305 324	184 753	11 413	28 894	5 184	77 255
Rio Grande do Norte	123 946	76 846	427	16 065	2 401	28 411
Paraíba	170 871	99 512	333	21 019	253	49 987
Pernambuco	269 778	147 006	3 912	30 627	4 097	86 391
Alagoas	115 657	78 703	2 087	12 018	868	40 399
Sergipe	76 372	45 612	1 859	11 830	1 211	15 860
Bahia	490 735	303 726	14 148	48 009	6 630	131 364
Sudeste	2 210 432	1 363 187	318 496	137 724	71 796	321 448
Minas Gerais	693 519	414 213	35 510	41 754	15 628	185 911
Espírito Santo	132 499	73 519	9 433	10 811	5 610	33 126
Rio de Janeiro	396 925	273 869	22 129	42 500	3 680	54 747
São Paulo	987 489	601 586	251 424	42 659	46 878	47 664
Sul	851 428	607 562	66 444	52 398	59 384	71 550
Paraná	328 696	254 422	28 685	16 986	22 688	7 841
Santa Catarina	220 941	129 896	22 360	13 422	14 119	41 144
Rio Grande do Sul	301 791	223 244	15 399	21 990	22 577	22 565
Centro-Oeste	565 764	397 389	6 796	65 045	9 476	87 400

Mato Grosso do Sul	105 549	65 538	549	8 332	3 468	27 662
Mato Grosso	111 918	72 541	3 812	9 345	2 215	24 005
Goiás	224 460	153 887	2 029	41 795	2 862	24 229
Distrito Federal	123 837	105 423	406	5 573	931	11 504

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2018.

(1) Inclusive os servidores sem declaração de vínculo empregatício.

Algumas informações merecem destaque nos dados apresentados, a primeira é a respeito do decrescente número de servidores com o passar dos anos, servidores de maneira ampla. As estimativas do Censo 2020 são de que a população brasileira ultrapassou 211 milhões de habitantes (*Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação, Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>*), o crescimento populacional em relação ao último Censo foi de 0,79% (*Censo 2020, Disponível em: censo2020.ibge.gov.br*). Um segundo ponto a ser retratado, conectando-se ao exposto até o presente momento, é sobre os cargos comissionados, é que na tabela 1 demonstra-se que no Brasil os municípios que possuem de 20.001 a 50.000 habitantes possuem 115.376 de comissionados, numero maior do que de municípios com índice populacional superior a 50.000 habitantes. Sem fazer um juízo de valor sobre os motivos destes números, a Administração Pública deve fazer um levantamento de quais dessas funções de fato são necessárias para prestar um serviço a população, respeitando a legalidade em cada ato, avaliando o as contas públicas e principalmente deve ter como base os parâmetros constitucionais para a seleção pública.

Outro ponto a ser destacado é acerca do número de pessoas que trabalham na administração pública sem um vínculo permanente no Brasil corresponde a 1.228,082, quase um terço dos estatutários (3.890,877).

Esses dados confirmam por exemplo que existem muitos funcionários que trabalham na administração pública sem prestar concurso, o tema 1010 trouxe a discussão em torno dos limites dos cargos comissionados sem estabelecer um *quantum* objetivo, o que abriu caminho para que a Administração Pública de maneira geral relativizasse o processo de seleção pública, enfraquecendo a regra posta no artigo 37 da CF/88. Ressalta-se que as formas de contratação, sem vínculos com a administração, estão em evidência nos gráficos e confirmam a necessidade da observância do judiciário quanto a regularidade dessas contratações, elas

passam o aval no plano material de que as formas de trabalho e contratação estão sendo ajustadas, regulamentadas através de leis (vide lei 13.429/17, lei das terceirizações e da reforma trabalhista, lei 13.467/17) e que reconsideram a forma de contratação pública. Então, conclui-se que o legislativo e o executivo cada vez mais aderem um viés reformador na forma de contrtar, ou seja, alargam as regras dos concursos para outros meios de inserção na administração pública, quanto ao judiciário, ainda que tenha uma postura em alguns casos que vão ao encontro dessas novas formas de contratar, ele ainda é o único que possui um resguardo das normas constitucionais por isso o tema 1010 traz acepções objetivas para limitar a ambiguidade interpretativa na questão dos cargos comissionados.

4.3 - A importância social dos concursos públicos

Este item visa demonstrar a importância social dos concursos públicos, ou seja, porque essa regra é tão importante para a sociedade brasileira. Num primeiro momento é preciso citar duas leis infraconstitucionais como exemplo, a primeira é a lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, em seu artigo 5º, §2º, a lei traz o direito das pessoas com deficiência se inscreverem nos concursos de acordo com suas capacidades, reservando até 20% das vagas oferecidas nos concursos. Veja que o dispositivo obrigatoriamente reserva uma parcela das vagas dos concursos para uma minoria, aqui há aplicabilidade da igualdade material, fazendo com que os concursos exerçam um importante papel de inserção de uma minoria no serviço público. Outra lei infraconstitucional que não pode deixar de ser citada é a lei 12.990/2014 *“reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para o provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União”(preambulo legal)*, trazendo a luz os princípios democráticos e principalmente da igualdade material em decisões do STF, a Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 (ADC 41) que ratificou a constitucionalidade desta lei.

Outra decisão importante socialmente é o RE 1058333 de repercussão geral que originou o tema 973 que trata da possibilidade de remarcação do teste de aptidão física de candidata grávida à época da realização da prova de concursos público, independente de haver

previsão expressa nesse sentido no edital do concurso público. Esta decisão também será tratada neste tópico.

4.3.1 - Ação Declaratória de Constitucionalidade 41

O Acórdão de 8 de junho de 2017 fixou a seguinte tese:

“É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de hetero-identificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”

O Acórdão declarou que a Lei nº 12.990 é constitucional, veja que foi estabelecido um quantum objetivo para que nos certames públicos houvesse uma reserva de vagas, no âmbito da administração pública direta e indireta, a candidatos negros. A efetivação da participação das minorias nos processos seletivos públicos, com possibilidades iguais aos demais candidatos passa pela lei 12.990, ela reveste-se de um contexto histórico reparativo fundamental para a sociedade brasileira em geral. A ADC foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) que suscitou algumas decisões controversas, são elas:

ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - RESERVA DE VAGAS - LEI COMPLR N. 32/3004 DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA PELO TRIBUNAL PLENO - SEGURANÇA MANTIDA Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da Lei Complr n. 32/2004 do Município de Criciúma pelo Tribunal Pleno desta Corte de Justiça, que preveem a reserva de vagas em concursos públicos a afro-brasileiros, há que se reconhecer o descabimento das regras contidas em edital de certame no mesmo sentido.(TJ-SC - MS: 216457 SC 2005.021645-7, Relator: Luiz César Medeiros, Data de Julgamento: 09/06/2009, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança, de Criciúma)

CONSTITUCIONAL. COTA RACIAL. LEI Nº 12990/2014. COTA RACIAL. LEI Nº 12.990/2014. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. DISTINGUISHING. ADPF Nº 186. A reserva de vagas para negros, prevista na Lei nº 12.990/2014, é inconstitucional, por violar os arts. 3º, IV, 5º, caput, e 37, caput, e II, da Constituição Federal, além de contrariar os dispositivos da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, envolve valores e aspectos que não foram debatidos pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF nº 186, que tratou da constitucionalidade da política de acesso às universidades públicas pautada no princípio da diversidade, com o propósito de enriquecer o processo de formação e disseminação do conhecimento. (RTOrd 0131622-

23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa. TRT da 13ª Região. 18 de Janeiro de 2016.)

“[...]não existe direito humano ou fundamental garantindo cargo ou emprego público aos cidadãos, até porque a matriz constitucional brasileira é pautada na economia de mercado (art. 173), onde predomina o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) e na livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170), observando-se, evidentemente, os ditames da justiça social. A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo (art. 173).”(Reclamação Trabalhista nº 0131622-23.2015.5.13.0025 – 8ª Vara do Trabalho de João Pessoa, do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região)

O teor dessas decisões denegatórias são diversos, mas alguns pontos devem ser destacados. O primeiro deles é que as decisões citadas se baseiam em diversos artigos constitucionais para embasar a denegação às cotas, isto é, as decisões sucitam a inconstitucionalidade da lei através da própria Constituição. Isso evidencia que o cenário jurídico nacional e também legislativo são diversos, interpretam a Constituição de maneiras distintas, neste ponto o STF possui o dever de unificar o pensamento que possa ser o mais adequado à Constituição. Veja que a decisão do juiz Adriano Mesquita Dantas afirmou *“economia de mercado (art. 173), onde predomina o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) e na livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170)”*. Nota-se que o fundamento foi de que os princípios capitalistas e de livre mercado devem se sobressair, entendendo que cada indivíduo possui as mesmas condições de disputa em qualquer certame ou atividade. Neste ponto o magistrado e as decisões citadas, desconsideraram um fator fundamental, a igualdade/isonomia material, a professora Ana Paula de Barcellos (2018, p.175) define:

[...] A isonomia material busca promover a igualdade real dos indivíduos – ou, ao menos, a redução das desigualdades –, o que pode ser levado a cabo por meio de mecanismos variados... o tema da igualdade é especialmente detalhado pela Constituição ao estabelecer os princípios e regras que a Administração Pública deve observar nas suas relações com a sociedade. Assim, a Constituição prevê o princípio da impessoalidade de forma geral, além de disciplinar, desde logo, as figuras do concurso público e da licitação, como meios principais de garantir a igualdade/impessoalidade na seleção tanto dos recursos humanos quanto dos agentes econômicos que a Administração tenha interesse em contratar.

A falsa percepção de que todos partem de um mesmo ponto na sociedade brasileira foi objeto de preocupação da CRFB/88, em diversos dispositivos a Constituição deixa clara a intenção de que as diferenças devem ser equiparadas de forma material e formal. No âmbito

dos concursos públicos o artigo 37 define a impessoalidade de uma forma geral, conforme já citado. Portanto qualquer certame deve considerar as peculiaridades de determinados grupos, para que se possa ter uma sociedade justa e solidária, necessita-se do tratamento igualitário, sendo o sistema de cotas instrumento cabível para corrigir a notória falta de oportunidade para os negros, logo, é legítima a utilização desse sistema, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, contanto que a dignidade da pessoa humana seja respeitada e o contraditório e a ampla defesa sejam garantidos, que no caso da ADC 41 seriam as pessoas autodeclaradas negras.

O relator da ADC foi o Ministro Luís Roberto Barroso, vale destacar o voto do ministro, pois além de citar a igualdade formal e a igualdade material, também inseriu a igualdade como reconhecimento:

“[...]Desse modo, eu gostaria de enfrentar a questão das cotas raciais dentro desses três planos da igualdade, começando pela questão da igualdade formal, que é precisamente aquela que impede que a lei estabeleça privilégios e diferenciações arbitrárias entre as pessoas. A ideia de igualdade formal é um mandamento ao legislador, inclusive, para que ele não discrimine as pessoas, não desequipe as pessoas. Mas o que está subjacente aí é que não faça de maneira arbitrária, porque legislar nada mais é do que classificar pessoas e coisas à luz dos mais diferentes critérios. Assim, o que se exige é que o fundamento da desequiparação seja razoável e que o fim visado seja compatível com a Constituição...”

“...No tocante à igualdade material, nem é preciso me alongar, esse racismo estrutural gerou uma desigualdade material profunda, e, portanto, qualquer política redistributiva precisará indiscutivelmente cuidar de dar vantagens competitivas aos negros. Há uma frase feliz de Martin Luther King também nesta matéria que diz: “É óbvio que se um homem entra na linha de partida de uma corrida trezentos anos depois de outro, o primeiro teria de fazer uma façanha incrível a fim de recuperar o atraso”. Logo, para possibilitar a recuperação do atraso existem as políticas de ação afirmativa.

Por fim, na questão da igualdade como reconhecimento, ela identifica a igualdade no que se refere ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de uma maneira geral. Assim, igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades.

A política afirmativa instituída pela Lei nº 12.990, de 2014, tem esse papel da igualdade como reconhecimento. Há uma dimensão simbólica importante que é a de ter negros ocupando posições de destaque na sociedade brasileira. Aliás, tivemos um importante exemplo disso, aqui mesmo no Supremo Tribunal Federal nos anos em que aqui serviu o Ministro Joaquim Barbosa, aplicado, empenhado e com a sua integridade pessoal e seriedade, serviu como um bom símbolo para a comunidade negra; um símbolo de sucesso e de rompimento do cerco que se estabelecia sobre os negros, em geral, para ascenderem às principais posições. O Ministro Joaquim Barbosa aqui desempenhou um papel destacável, sobretudo, numa ação específica de grande relevância.

Além desse papel simbólico, há um efeito importante sobre a autoestima das pessoas. Eu insisto nessa questão da autoestima, porque, quando ela existe, ela cria uma resistência ao preconceito dos outros.

Passa a ser uma realidade que vem de dentro, e as coisas verdadeiras na vida são as que vêm de dentro. Se você não introjeta o preconceito dos outros, você não o absorve também. Portanto, a ideia de ter símbolos de sucesso, ascensão e acesso a cargos importantes para as pessoas pretas e pardas tem esse papel de influenciar a autoestima das comunidades negras. Por fim, evidentemente, há o papel de que o pluralismo e adversidade tornam qualquer ambiente melhor e mais rico.

Portanto, penso que a Lei supera com facilidade o teste da igualdade, quer na sua dimensão de igualdade formal, quer na sua dimensão de igualdade material, quer na sua dimensão de igualdade como reconhecimento...(ADC 41, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017).”

Este voto demonstra a importância da jurisprudência, de forma sólida, no quesito social, em relação aos concursos. Nota-se que havia uma rigidez legal que foi interpretada de maneira abrangente por juízos de primeiro grau a respeito da Lei de Cotas, ensejando sua inconstitucionalidade. Entretanto, o STF sacramentou por meio de um remédio constitucional em que teve como base os princípios da igualdade/isonomia.

Por fim, o tribunal julgou, por unanimidade, a constitucionalidade integral da Lei 12.990/2014, com a tese já demonstrada anteriormente, destacando a importância de uma análise profunda da sociedade para embasar as decisões. Neste caso, o campo de proteção e de aplicação da igualdade material se fazia necessário e para isso a base dos votos foram os princípios constitucionais. Este caso é um exemplo forte de como o controle jurisdicional exercido pelo STF foi importante para a manutenção de um meio (lei de cotas) inclusivo e principalmente que inseriu no plano prático um princípio balizador da administração pública que é a igualdade. O controle do STF, em termos de importância, se aplica a outros casos (conforme citados nos princípios) para a solução dos dilemas em torno dos concursos públicos.

4.3.2 – RE 1058333 RG/PR (Tema 973)

O presente Recurso Extraordinário traz a decisão do STF que reconheceu, em 2018, o direito de candidatas gestantes à remarcação de testes de aptidão física em concursos públicos, independentemente de haver previsão no edital através do RE 1.058.333. O STF entendeu que o nascimento com êxito exorbita os limites individuais da genitora, alcançando a própria coletividade, por isso diferenciou o presente caso do RE 630.733, enquanto a saúde

pessoal do candidato em concurso é motivo exclusivamente individual e particular, a maternidade e a família constituem direitos de solidariedade. Assentou o judiciário que a condição de gerar um filho não pode contar em desfavor da mulher. Além disso, a decisão afirma que a controvérsia tangência a dignidade humana da mulher (artigo 1º, II, da CRFB) sobretudo na vertente da autonomia privada (artigo 5º, caput, da CRFB). Mais especificamente, a Constituição de República se posicionou expressamente a favor da proteção à maternidade (artigo 6º) e assegurou o direito ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva (artigo 226, § 7º). Por ter o Poder Constituinte estabelecido expressamente a proteção à maternidade, à família e ao planejamento familiar, a condição de gestante goza de proteção constitucional reforçada. Em razão desse amparo constitucional específico, a gravidez não pode causar prejuízo às candidatas, sob pena de ofender os princípios da isonomia e da razoabilidade.

Veja que no presente caso o papel protetivo do judiciário em relação a um tema dos concursos foi fundamental. Este é mais um exemplo forte de como o controle jurisdicional exercido pelo STF é importante para a manutenção das garantias constitucionais aos processos seletivos públicos, tornando-os inclusivos.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 representou um marco na forma de contratação para a administração pública, inseriu parâmetros para regular a forma de seleção pública aplicando os princípios contidos na Carta Magna, principalmente os postos no artigo 37. Apesar de haver formas mais rígidas que direcionam as contratações públicas, como por exemplo a lei 8.112/1990, elas carecem de uma interpretação mais profunda diante dos casos concretos que surgem em torno do tema dos concursos públicos. As diversas dúvidas e questionamentos que surgiram em torno deste tema, necessitavam de uma análise mais específica e que tivesse como reflexo os parâmetros constitucionais que passaram a ser analisados de forma mais constante nos tribunais superiores para que este pudesse dirimir tais indagações. Isto é, o controle jurisdicional se fez necessário neste cenário de inconsistência em torno do tema. Este controle possui seus fundamentos nos princípios constitucionais e os específicos dos concursos públicos.

Diante desse contexto, demonstrou-se que o poder judiciário possui um papel interpretativo das regras constitucionais diante dos casos concretos envolvendo os concursos público aplicando os princípios administrativos como base dessas decisões.

Demonstrou-se também que a regra dos concursos públicos está sendo relativizada por diversos entes. Há uma égide de uma modernização do setor público, aproveita-se o caráter aberto das legislações específicas ou até decisões contraditórias dos tribunais para que haja uma maior abertura no modo de contratar na administração. Foram apresentados dados com a finalidade de apresentar números de servidores concursados e não concursados, analisando esses números numa perspectiva de relativização dos concursos.

Por fim, apesar de diversas problemáticas em torno, a análise jurisdicional provou-se que, o controle jurisdicional é o principal balizador do tema concursos público. Diversas ADI's foram apresentadas o que demonstrou que haviam diversos questionamentos de leis e decisões que pautam sobre o tema dos concursos, na verdade, o controle jurisdicional traz aos casos concretos a aplicação eficaz dos princípios constitucionais, especialmente os ligados a administração pública postos no artigo 37 da Constituição Federal. Logo, este controle visa a proteção e efetivação dos direitos fundamentais e proteger os ditames constitucionais nos processos seletivos públicos.

BIBLIOGRAFIA

Administração pública e participação política social. **IBGE**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica>.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros Editores LTDA. 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo – SP. 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo – Malheiros. 14ª ed. 2002

BARCELLOS; Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, Editora Forense LTDA, Rio de Janeiro-RJ, 2018.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no direito brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Juruá. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito administrativo**, 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2016.

Controvérsia relativa aos requisitos constitucionais
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5171382&numeroProcesso=1041210&classeProcesso=RE&numeroTema=1010>

DALLARI, Adilson Abreu. **Princípio da isonomia e concursos públicos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 6, abr./jun. 2006.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

MACHADO JÚNIOR, Agapito. **O controle jurisdicional nos concursos públicos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Universidade Federal do Ceará. Fortaleza.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36ª ed. São Paulo – SP: Malheiros. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES, Igor Silva de. **Concurso Público: Reflexões acerca do dever de convocação pessoal dos candidatos**. Revista TCE/MG, jan./mar. 2012.

MOTTA, Fabrício (coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Função normativa da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOTTA, Fabrício. **Direitos Fundamentais e concursos públicos**. Revista Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição Especial – ano XXVIII.

NETO, Mario Ypiranga Monteiro. **O Controle Jurisdicional da Administração Pública como fator de efetivação dos Direitos Fundamentais sociais**. Programa de Pós-Graduação em Direito/ UFPE. 2005.

ROCHA; Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo – SP: Dialética. 2006.

SANTOS. Aline Sueli de Salles. **Os concursos públicos no campo jurídico acadêmico**. Programa de Pós-Graduação em Direito. Brasília/UnB. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional** – 5ª ed. – São Paulo. Saraiva, 2016.